

KU/133/17/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. **Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. ul. Filtrowa 4 26-600 Radom
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Kontrakt nr 27: „Budowa i modernizacja kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej w dzielnicy Obozisko” – etap I.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	11.08.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 154 -318589
Wartość zamówienia:	219.000.000,00 zł (tj. 52.456.346,26 euro) - całkowita wartość zamówienia, 3 965 862,16 zł (tj. 949 929,86 euro) - wartość kontrolowanego zamówienia.
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020

Rodzaj procedury:

zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej;
- 2) art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986, poprzez sporządzenie ogłoszenia o zamówieniu na wzorze załącznika II do ww. Rozporządzenia, podczas gdy udzielane zamówienie należy do zamówień sektorowych i obowiązuje do jego ogłoszenia wzór załącznika V do ww. Rozporządzenia;
- 3) art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 11.08.2017 r. Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12.08.2017 r. pod numerem 2017/S 154 - 318589. Potwierdzenie otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej datowane jest na dzień 11.08.2017 r., godz. 11.29.

Ponadto, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej www.woda.radom.pl oraz w siedzibie zamawiającego od dnia 11.08.2017 r.

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, co następuje.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Natomiast stosownie do art. 11 ust. 7c ustawy Pzp zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Jak wynika z Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO/KU 31/17) „(...) przepis art. 11 ust. 7d Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Stanowi on, że ogłoszeń, o których mowa w art. 67–70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7.

Jak wskazano w wyroku TS UE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson), sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Brzmienie i cel przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie ale i tytuł przepisu <<publikacja na poziomie krajowym>>.

Chcąc zatem zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich bez wyjątku ogłoszeń publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 Pzp.”

Uzasadniając powyższe, zarzut naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp jest w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasadny.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 11.08.2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12.08.2017 r. pod numerem 2017/S 154-318589.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

W toku zakończonych kontroli uprzednich będących – podobnie jak kontrolowane postępowanie - częścią projektu pn.: „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno – ściekowej na terenie aglomeracji Radom - III etap”, tj. KU/25/17/DKZP, KU/45/17/DKZP oraz KU/67/17/DKZP ustalono, iż zamawiający - Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp do udzielania zamówień publicznych jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. inna, niż określone w pkt 1, osoba prawna, utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego
- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.
- Należy także zauważyć, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest modernizacja sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej, co wskazuje, że zamówienie jest związane z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków (art. 132 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Ponadto, w ww. postępowaniach kontrolnych, zamawiający został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w jakim reżimie zamówień publicznych były prowadzone przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia, tj. w klasycznym czy w sektorowym. W przypadku udzielenia odpowiedzi, zgodnie z którą zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowania z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówień klasycznych, z uwagi na status zamawiającego jako zamawiającego sektorowego, wymagano szczegółowego wyjaśnienia przyczyn wyboru reżimu klasycznego do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśniał, że przedmiotowe postępowania były prowadzone z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówień klasycznych. Przykładowo, pismem z dnia 30 sierpnia 2017 r. zamawiający wskazał, iż „*Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. w świetle ustawy Pzp ma status zamawiającego sektorowego. Należy zwrócić uwagę, że ustawa nie zakazuje stosowania przez zamawiającego sektorowego zamówień klasycznych w celu dokonania zamówienia, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamówienie będące przedmiotem kontroli uprzedniej jest jednym z elementów projektu, o którego współfinansowanie ze środków UE ubiega się Zamawiający. Konkurs w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 działanie 2.3 Gospodarka wodno-ściekowa dopuszcza możliwość refundacji kosztów związanych między innymi z modernizacją kanalizacji sanitarnej i deszczowej. W celu uzyskania kwalifikowalności poniesionych kosztów Zamawiający będzie musiał spełnić wymogi wynikające z umowy o dofinansowanie i stanowiących jej element wytycznych. Zamawiający na etapie ogłaszania zamówienia publicznego nie zawarł jeszcze umowy (konkurs trwa), ani nie zna wytycznych (faza konsultacji przez Ministra Rozwoju i Finansów). Dotychczasowe konkursy wymagały dla kwalifikowalności kosztów stosowania zamówień klasycznych. Ze względów ostrożnościowych, Zamawiający zdecydował się więc zastosować przepisy dotyczące zamówień klasycznych obwarowanych najwyższym reżimem prawnym z zastosowaniem ogłoszenia w Dz. Urz. UE. Należy podkreślić, że zastosowany tryb z całą pewnością stanowi najlepszą formę realizacji zasad udzielania zamówień publicznych*”.

Wskazując na powyższe ustalenia – będące aktualnymi również w odniesieniu do kontrolowanego postępowania - należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Z dyspozycji ww. przepisu wynika, iż adresatem normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp są podmioty inne niż określone w pkt 1-4 (a nie jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, tj. przed 28.07.2016 r. - w pkt 1 i 2). W obecnym stanie prawnym, obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, usunięto zatem wątpliwości zamawiających dotyczące podstawy prawnej ciążącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i wyeliminowano sytuacje, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, iż aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, było ww. Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r., które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. W związku z powyższym, zamawiający publikując w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o zamówieniu na wzorze formularza stanowiącego załącznik nr II do ww. Rozporządzenia wykonawczego zamiast na obowiązującym go wzorze formularza stanowiącego załącznik nr V do przedmiotowego Rozporządzenia wykonawczego, naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniami pkt 10a siwz Część I – Instrukcja dla wykonawców (IDW) oraz sekcji III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia.

Jak wskazano w ww. pkt 3, do udzielenia kontrolowanego zamówienia zamawiający był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d). Wobec powyższego zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców w przedmiotowym postępowaniu szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.